

## **DIREITOS HUMANOS DO ESTRANGEIRO EM TRÂNSITO**

Uma Perspectiva entre a Soberania e os Direitos Humanos do Estrangeiro em Trânsito

### **HUMAN RIGHTS OF ALIEN IN TRANSIT**

A Perspective between Sovereignty and Human Rights of Alien in Transit

*Paula Constantino Chagas Lessa<sup>\*1</sup>*

#### **RESUMO:**

Este artigo visa discutir a aplicação dos Direitos Humanos a partir de sua concepção planetária aos estrangeiros nos postos de imigração antes de ter sua entrada permitida em outro território, assim como quando é impedido de entrar em território alienígena. O artigo ilustra tal situação com a vivência da Polícia Federal Brasileira no Aeroporto Internacional de São Paulo. Paralelamente discute-se a prisão do estrangeiro em trânsito no Brasil e questões pertinentes à aplicação dos benefícios de progressão de regime durante a execução penal. Ressaltando em seu bojo questões em que a soberania confronta explicitamente os direitos humanos das pessoas estrangeiras.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos Planetários; Estrangeiro; Fronteira.

#### **SUMMARY:**

This paper discusses the application of human rights from its conception of planetary rights in situation of aliens in foreign immigration borders before he is allowed to enter into the foreigner territory, as well as when he is prevented to enter. The article illustrates this situation with the experience of the Brazilian Federal Police in Sao Paulo International Airport. Alongside discusses the arrest of the foreigner in transit in Brazil and the issues about the application of the benefits of progression scheme during criminal enforcement. Emphasizing in its core issues in which sovereignty explicitly confronts the alien human rights of the person.

**KEYWORDS:** Planetariums Human Rights; Alien; Border.

### **1. INTRODUÇÃO**

Os direitos humanos são fruto de um caminhar histórico que tem como marco a Revolução Francesa de 1789, com sua Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que

---

<sup>1</sup> \* Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho-Rio de Janeiro - RJ (2012), Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – Rio de Janeiro - RJ (2010), Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP –São Paulo - SP (2009), Pesquisadora do Instituto de Estudos em Administração de Conflitos - InEAC –UFF-Niterói-RJ.

visava assegurar os direitos do homem em face do próprio poder. Pouco antes a ela, em solo norte americano, com a independência dos Estados Unidos da América, surge a Declaração de Direitos da Virgínia que também visava assegurar direitos fundamentais aos cidadãos daquele país.

A partir destes dois marcos históricos a proteção dos direitos humanos e seu núcleo essencial, a dignidade da pessoa humana, passam a ser encarados com maior seriedade e vistos com necessidade de proteção. O próprio homem se vê necessitado de proteção na sua essência que visa garantir o seu núcleo mínimo indispensável de dignidade, sem o qual não vive, mas talvez sobreviva apenas. Vislumbra-se a necessidade de proteger por vezes o homem de seu próprio Estado que ao invés de propiciar proteção, transforma-se em algoz e opressor.

Para dar continuidade a estas proteções, foi firmada ao longo dos anos, em particular no século XX, uma série de tratados que visavam assegurar de forma mais contundente a proteção ao ser humano de forma ampla. Um marco moderno deste tipo de tratado é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a Convenção Americana de Direitos Humanos, através do Pacto de San José na Costa Rica, em 1969 e a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a submissão ao Tribunal Penal Internacional.

No plano internacional, todos os atos assecuratórios de proteção aos direitos humanos são ratificados pelos países que têm interesse em participar e aderir aos seus termos, o que pode ser feito com reserva, ou sem quaisquer restrições. Entretanto, uma vez ratificado o tratado, o país adere aos seus termos devendo fazer valer em seu território.

Internamente, após a ratificação do tratado cada país tem sua forma própria de colocá-lo em execução. Em alguns países os tratados já passam a valer logo após sua assinatura no mesmo plano das leis e têm aplicabilidade imediata. Outros, como o Brasil, apresentam o modelo dualista, em que os tratados necessitam passar por trâmites próprios para valer no mesmo patamar da legislação vigente. No caso do Brasil, os tratados têm que passar pelo processo de aprovação de lei ordinária para valer internamente e no tocante aos tratados de direitos humanos pede-se tramitação de emenda constitucional para que estes entrem no patamar desta.

Independentemente de como os Direitos Humanos vão ser incorporados à determinada legislação, o fato é que eles devem prevalecer. Alberto Nogueira (2003-A) usa o termo de direitos humanos planetários, uma vez que os direitos humanos devem tutelar não somente o nacional de um determinado Estado, mas qualquer ser humano no planeta onde

quer que se encontre e sem restrições, deste modo, os direitos do homem não têm fronteira e não devem se submeter à soberania.

O cerne deste trabalho é justamente discutir, sob a ótica dos direitos humanos globalizados, como ficam as situações dos estrangeiros nos postos de fronteira, em particular no Brasil, já que sua admissão ao território nacional é encarada como ato soberano do Estado. Em paralelo, focar nos casos do cumprimento de pena de prisão de estrangeiro preso e julgado no Brasil.

Apesar de este trabalho ilustrar a realidade do estrangeiro em solo brasileiro, a mesma problemática pode ser traçada para o brasileiro inadmitido em território alienígena ou sentenciado a prisão no exterior.

Historicamente, o estrangeiro, em nenhuma legislação, gozou de prestígio, pois sua figura sempre é a de um intruso, de um observador estranho que deve ser encarado com certa desconfiança. A própria Constituição Federal não protege o estrangeiro em trânsito em sua literalidade, traz em seu texto, no caput do artigo 5º diz que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade”*. Por analogia estendeu-se tais direitos ao estrangeiro a negócios ou a passeio em território nacional. Sob essa ótica é que este trabalho visa pontuar algumas questões humanitárias sobre este estrangeiro antes do ingresso no país e quando preso em território brasileiro.

## **2. SITUAÇÃO DO ESTRANGEIRO NA FRONTEIRA**

Na experiência desta pesquisadora enquanto trabalhava no Aeroporto Internacional de Guarulhos nos postos de imigração da Polícia Federal e no acompanhamento das sentenças a presos detidos em flagrante por tráfico internacional de entorpecentes naquele aeroporto se percebeu na prática e através da jurisprudência pesquisada que os estrangeiros ficam a mercê do direito pátrio, sendo este aplicado mais rigorosamente por sua condição peculiar de não-nacional e não-residente, como se verá mais adiante.

A admissão da entrada de estrangeiro no país é um ato administrativo discricionário, o momento de admissão de estrangeiro em território nacional é um ato de exercício da soberania, podendo a polícia aeroportuária de fronteiras permitir ou não aquele ingresso. Os tribunais brasileiros em repetidas decisões reconhecem este exercício de soberania tanto em

nossas fronteiras, quanto de fronteiras estrangeiras que inadmitem o brasileiro em seu território fazendo-o voltar ao país de origem do vôo, ou de sua nacionalidade<sup>2</sup>.

Entretanto, esta é uma questão problemática, pois como se verá há casos práticos em que o inadmitido não quer voltar para sua origem, ou a companhia aérea não o quer levar. Neste ínterim, o inadmitido fica detido nos postos de imigração, sem direito a advogado, ou comunicação, pois não está preso, até que haja uma solução para o seu problema, o que pode levar dias.

A mesma problemática se aplica ao caso das condenações de estrangeiros e o respectivo cumprimento de pena no Brasil, devido a esta condição pessoal que se encontra o indivíduo, a imposição de pena se torna muito mais severa.

Desta forma, torna-se importante discutir a tutela do direito dos estrangeiros na ordem de um direito humano planetário e também o limite da soberania quando a questão é de direitos humanos.

### **3. HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Primeiramente é importante traçar uma evolução dos direitos humanos até a atualidade para que tenhamos noção de seu alcance e do porquê de sua dimensão planetária. *“O sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo (PIOVESAN: 2006 p. 340)”*.

Os direitos humanos foram construídos ao longo do tempo e ao evoluir da humanidade, são uma invenção humana que visa proteger o núcleo essencial da dignidade, sem a qual o ser é excluído da condição de humano.

São quatro os principais marcos das Declarações de Direitos Humanos:

1. Magna Carta (Inglaterra, 1215);
2. Declaração Americana (Virgínia, EUA – 1776);
3. Declaração Francesa (1789) e
4. Pacto de San José da Costa Rica (1969)

---

<sup>2</sup> HC 2010.03.00.000761-7: TRF-SP e HC 2010.03.00.000761-7/SP

A Magna Carta foi um marco contra a opressão monárquica e o poder absoluto, garantindo aos homens a liberdade de expressão, liberdade religiosa e o acesso à justiça e julgamento por seus pares.

Somente cinco séculos depois com a Revolução Francesa e a norte-americana é que surgem mais dois documentos fundamentais para as garantias dos direitos do homem que foram: a Declaração de Direitos do Homem de 1789, na França e a Declaração de Direitos da Virgínia, nos Estados Unidos, em 1776.

Os Direitos Humanos originários da revolução francesa visavam primordialmente ser um modo assecuratório do cidadão contra o próprio poder constituído, não devendo ser ele deturpado e corrompido de modo a proteger somente uma categoria de pessoas.

O Pacto de San Jose da Costa Rica, firmado em 1969, é o marco mais recente de reconhecimentos dos direitos essenciais dos seres humanos. A partir dele iniciam-se uma série de tratados e estudos que visam dar efetividade ao pactuado. O pacto reconhece que *“os direitos essenciais do homem não derivam do ato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os tributos da pessoa humana, razão pela qual justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”*.

Muito importante ressaltar que o pacto traz que pessoa é todo o ser humano. Isto é muito significativo, pois a condição de pessoa não é naturalmente inerente a todo ser humano, se analisado historicamente, ao escravo, aos indígenas, esta condição lhes era retirada (HOLANDA: 1995). Em particular, no tocante aos estrangeiros pode-se fazer uma analogia que talvez eles percam a condição de pessoa quando impedido, expulso ou preso em país estrangeiro, segundo as leis locais, pois passam a ter menos direitos que os indivíduos nacionais.

A Declaração Universal de Direitos Humanos introduz a concepção moderna de direitos humanos, caracterizando-os por sua universalidade, indivisibilidade e crescente internacionalização, sendo seu titular o indivíduo. Os direitos humanos em sua concepção atual, não são para um povo ou território, são para todos, devendo ser aplicados universalmente, sem os limites fictícios de território, Estado e nação. Por vezes os direitos humanos são uma construção para proteger o nacional de um país de seu próprio Estado que pode vir a coagi-lo e ferir sua dignidade humana.

Os direitos humanos sem dúvida são sinônimos de modernidade e de uma evolução filosófica, argumentativa e prática que se observa em plano internacional, pois ao não permitir que uma pessoa seja violada em sua dignidade, tutela-se toda a coletividade planetária, pois não se tolera internacionalmente determinados tipos de conduta.

Alberto Nogueira (2003-A) destaca citando Jacques Robert e Jean Duffair (1994) o conceito de mundialismo, em que os direitos humanos extravasam os limites dos cidadãos de cada país, atingindo um valor universal.

Traçam-se as dimensões de um novo Direito, o Direito do Homem: *“Esse novo Direito abrange quatro dimensões ao mesmo tempo: abstrata (normativa), concreta (material), social (individual, grupal e coletiva simultaneamente) e universal (validade em qualquer ordem jurídica, seja de que escala for)”* (NOGUEIRA: 2003-A).

Com o impacto da globalização, regionalizações e do fluxo cada vez mais intenso de pessoas, investimentos e capitais o Direito Constitucional das Liberdades Públicas pode ser considerado o ponto de encontro entre as Liberdades Públicas, dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos representando a nova concepção da ordem jurídica internacional e do que se pode chamar de planeta dos Direitos Humanos (NOGUEIRA: 2003-A p 259).

#### **4. INSTRUMENTOS DE TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS**

No decorrer dos anos foram criados alguns instrumentos internacionais que visam tutelar internacionalmente e regionalmente os direitos humanos sempre através de tratados entre dois ou mais países. Através destes instrumentos também foram reconhecidos Tribunais Internacionais, tais quais: o Tribunal Penal Internacional, em Haia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentre outros globais e regionais.

O Tribunal Internacional de Haia tem se demonstrado de grande importância no julgamento de crimes contra a humanidade, demonstrando a intolerância da comunidade internacional com o cometimento de atrocidades étnicas, crimes de guerra e de extermínio. Desta forma, observa-se que a proteção dos direitos humanos não pode estar circunscrita às fronteiras de um determinado país, não devendo ser competência somente de uma jurisdição doméstica. Tal concepção inovadora acarreta duas consequências imediatas, segundo Flávia Piovesan (2000):

1. A revisão da noção de soberania absoluta do estado, uma vez que devem ser admitidas intervenções externas que refletirão no plano nacional em prol da proteção dos direitos do homem e;

2. O indivíduo visto na esfera internacional como sujeito de direitos, ou seja, lhe é dada legitimidade ativa para demandar internacionalmente visando à proteção de um direito humano seu inviolável, mesmo que contrário ao Estado do qual seja nacional ou residente.

Frente ao exposto, percebe-se a universalização dos direitos humanos. No plano local, surgem sistemas regionais de proteção a estes direitos. Cada Estado torna-se membro de acordos internacionais de proteção a direitos humanos, devendo buscar instrumentos que efetivamente dêem efetividade no plano nacional dos tratados firmados internacionalmente.

Quando um Estado é signatário de um tratado este está em pleno exercício de sua soberania e se compromete a respeitar as decisões de Cortes Internacionais e os termos de cada tratado firmado.

Em 1998, o Brasil aceitou que um órgão internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como legítimo intérprete dos direitos constantes na Convenção Americana de Direitos Humanos, podendo analisar normas nacionais dos países membros da convenção, mesmo aquelas de patamar constitucional.

*“Apenas os Estados Americanos têm o direito de aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos. Substancialmente, ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticas similares ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito de proteção judicial” (PIOVESAN: 2000 p 256).*

Na nova ordem internacional dos direitos humanos, as normas locais podem ter sua compatibilidade aferida face às normas internacionais firmadas. Há na seara internacional a crescente institucionalização e subordinação do Estado aos preceitos internacionais, passando

as normas constitucionais a se constituir “cláusulas abertas” para compatibilização com o direito internacional.

No Brasil, os tratados internacionais quando devidamente aprovados pelo Congresso Nacional entram no ordenamento jurídico pátrio na categoria de lei ordinária, já os tratados que versam sobre direitos humanos devem ter a tramitação de emendas constitucionais para que ingressem no ordenamento jurídico brasileiro com este status, caracterizando-se um processo dualista de aprovação dos tratados internacionais. Necessitando, desta forma, além da ratificação do tratado o devido trâmite processual legislativo para a sua entrada em vigor no país. Cabe ressaltar que a falta ou atraso de aprovação do tratado pelo poder legislativo brasileiro não isenta o Brasil, no plano internacional, de seu cumprimento, sujeitando-o a sanções caso o descumpra.

Para o sistema jurídico internacional a norma constitucional de um Estado não é vista como status diferenciado, mas apenas como um fato jurídico, sendo assim, caso viole alguma norma jurídica internacional esta violação acarretará responsabilização internacional do Estado infrator.

No plano nacional, os direitos fundamentais são o reconhecimento por determinado Estado dos direitos que considera inerentes ao ser humano, positivando-os. Formando ao lado das liberdades públicas e dos direitos civis o núcleo central dos Direitos Humanos.

Os Direitos Fundamentais são resultado de um caminhar histórico realizado pelo homem, meio a seus valores e aquilo que julga fundamental ao ser humano, positivando tais direitos nos textos de suas Constituições. Tais direitos apresentam três características fundamentais: perenidade, relevância e universalidade (NOGUEIRA, 2003-A p 203). Destas características merece destaque a universalidade que significa que os direitos fundamentais devem ser aplicados a todos os homens, independentemente do tipo de relação jurídica em que se encontre: o que inclui os direitos dos presos, impedidos e apátridas em estudo.

Alberto Nogueira (2003-A) inclui os Direitos Fundamentais como planetários, galácticos e cósmicos. Ao dar amplitude planetária aos direitos humanos, significa que estes devem se estender além das fronteiras nacionais, direitos estes mais do que fundamentais, mas direitos inerentes a toda a espécie humana, independentemente de nacionalidade, território e origem.

O jurista ainda complementa que o paralelo é inevitável, se de um lado, a globalização põe em cena os “jogadores globais”, de outro aparece o “homem global”, aquele que se torna o legítimo titular do direito de exercer suas prerrogativas (políticas, econômicas e sociais) em qualquer parte do planeta. Sem perder a condição de ser “cidadão” de

determinado país ou de conjunto de países (bloco), terá o reconhecimento do planeta inteiro da sua condição de humano.

Os Direitos Humanos atingiram grau mundial extravasando os limites nacionais de cada país para atingir um valor universal, globalizante. Estaremos diante de uma cidadania planetária, com cada pessoa gozando de livre acesso a qualquer país, mas com prerrogativas variáveis. Assim, se desenhará o Planeta dos Direitos Humanos.

## **5. CONFRONTO ENTRE O DIREITO DO HOMEM GLOBAL E A SOBERANIA COMO QUESTÃO PRIMORDIAL**

Os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas estas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional.

No tocante a soberania, esta é uma questão sensível, pois muitas vezes é usada como alegação para o não cumprimento de um tratado. Ressalta-se que a ratificação do tratado é um ato soberano, logo deveria ser obedecido.

Entretanto, o que se observa na prática é que os países quando desrespeitam algum direito humano fundamental alegam fazê-lo em função de um bem maior e por estarem exercendo legítimo de sua soberania.

Um exemplo interessante da relevância dada à soberania quando confrontada com um direito fundamental é a que traz Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004) no caso *Korematsu vs United States*. No caso em questão durante a Segunda Guerra Mundial, após o ataque do Império Japonês a Pearl Harbor nos Estados Unidos da América, o Congresso Americano em prol da segurança nacional aprovou a Ordem de Exclusão de Civis n. 34 (Civilian Exclusion Order) que tinha por finalidade combater a espionagem e sabotagem dentro de território americano. Em seguida, veio a Ordem n. 9.066-42 que impunha a exclusão de todos os japoneses e seus descendentes do território considerado de risco e a compulsoriedade destes irem a abrigos militares especialmente preparados para este fim. Aqueles que se opusessem, a prisão seria imediata.

Korematsu, residente na Califórnia, se negou a cumprir tal determinação sob o argumento de que era americano e patriota. Foi preso junto com sua família. Impetrou, então,

Habeas Corpus face à inconstitucionalidade da Ordem de Exclusão, tal detenção violava seus direitos à liberdade, à intimidade, ao devido processo legal, à reserva legal da tipificação criminal dentre outros.

Importante ressaltar que em caso de procedência do pedido de Habeas Corpus impetrado por Korematsu, outras pessoas, na mesma situação, poderiam se valer de tal precedente. A Corte considerou que as restrições impostas tratavam-se da imperatividade de medidas emergenciais por situação da guerra, alegando inclusive preservação física dos japoneses que poderiam ser vitimados por retaliações locais. Sendo assim, tal restrição foi julgada constitucional e necessária para preservar o interesse público. Nota-se que o interesse público, a soberania e o suposto risco da ameaça externa foram mais valiosos que os direitos fundamentais individuais de Korematsu. Na decisão o juiz Black argumenta da responsabilidade da cidadania americana e em guerra tal fardo era mais pesado, ou seja, a cidadania como responsabilidade também demonstra o caráter soberano da decisão, pois também esta, atendidas algumas condições, trata-se de ato administrativo.

No caso narrado é importante notar que a soberania foi mais forte que um direito fundamental que é um direito humano legitimamente reconhecido por aquela legislação.

## **6. INADMISSÃO DE ESTRANGEIRO**

No tocante à admissão de estrangeiros ao país, este é ato de soberania. A Polícia Federal é a responsável pela fiscalização das fronteiras nacionais ficando a critério de seus agentes e suas autoridades verificarem se o estrangeiro ingressante apresenta os requisitos legais para entrar no país, além do interesse da entrada daquele estrangeiro ao país. Um estrangeiro, mesmo que não necessite de visto, sem estadia certa no território, com pouco dinheiro, sem passagem de retorno, pode ser considerado um imigrante indesejável, pois tem o perfil de quem pretende permanecer na ilegalidade em território nacional. Esta análise administrativa do ingresso do estrangeiro ao país é ato discricionário soberano. Considerado como tal por nossos tribunais, como se verá adiante, assim como nos casos de brasileiros, nas mesmas condições, inadmitidos no exterior.

O Habeas Corpus não é considerado instrumento legal apto que permita o ingresso do estrangeiro no país, uma vez que a justiça entende que o impedimento de entrada de estrangeiro no país é ato administrativo, com trâmites administrativos próprios que

possibilitam ou não o desembarque, além de ser ato administrativo discricionário e soberano, alegam art. 267, VI do Código de Processo Civil<sup>3</sup> para negar a medida.

No caso do estrangeiro inadmitido de ingresso no país, nossos tribunais entendem que não há impedimento de ir e vir, primeiro porque na maioria das vezes quando o Habeas Corpus é julgado o estrangeiro já retornou ao seu país de origem, assim a medida perde seu objeto, também porque o estrangeiro está impedido de entrar no Brasil, mas não está impedido de retornar ao país dele, logo não há coação de seu direito de ir e vir<sup>4</sup>.

Nos casos de estrangeiros permanentes no Brasil que passam mais de dois anos ininterruptos no exterior em seu retorno perdem a permanência, seu registro de estrangeiro será retido pela Polícia Federal em seu desembarque. Aqueles que não necessitam visto podem entrar na condição de turista, mas os que necessitarem devem requerer administrativamente um desembarque condicional, que ficará ao critério de Autoridade Administrativa superior, em Brasília, concedê-lo, ou seja, é um ato administrativo, não sendo caso de habeas corpus, tão pouco. Entretanto, este desembarque condicional a ser requerido não poderá ser feito pelo próprio estrangeiro, pois quando impedido não detém os meios disponíveis para tal, e nem a companhia aérea, nem a Polícia Federal o farão, logo este desembarque condicional, na prática só é concedido quando um familiar interessado ou a empresa ou instituição interessada no ingresso do estrangeiro pleiteiam ao Órgão Central em Brasília, com os devidos argumentos que tornem possível tal desembarque.

Observa-se que frente ao ato discricionário de admissão ou inadmissão de estrangeiro, mesmo que residente, não há no país medida judicial assecuratória de sua entrada. O mesmo é válido para o brasileiro que tem inadmitida sua entrada no exterior, os nossos tribunais entendem tal ato como exercício de soberania<sup>5</sup> do Estado estrangeiro.

As situações de inadmissão em território nacional são corriqueiras em qualquer país do mundo, por isto a exigência de passagem aérea que garanta o retorno do passageiro, pois a companhia aérea não está obrigada a transportar o impedido de graça ou no caso deste estar em

---

<sup>3</sup> **Art. 267.** Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

<sup>4</sup> HABEAS CORPUS Nº 2010.03.00.000761-7/SP

Trata-se de legítimo exercício de soberania nas fronteiras brasileiras e desta forma entende o poder judiciário brasileiro, negando o Habeas Corpus como medida judicial cabível a ser impetrada contra o impedimento de entrada em território nacional.

<sup>5</sup> HC 2010.03.00.000761-7: TRF-SP A negativa de ingresso de turista em país estrangeiro pelo serviço de imigração por se tratar de ato de soberania, não configura falha na prestação dos serviços por parte da agência de turismo.

estado de ânimo que ofereça risco aos demais passageiros e ao vôo. Na maioria dos casos o inadmitido retorna a origem em uma média de 36 horas<sup>6</sup>. No caso do Aeroporto Internacional de São Paulo, o estrangeiro fica detido entre os terminais de passageiros sob vigilância aguardando o seu vôo de retorno.

O problema surge quando a situação foge da normalidade, beirando a situação do filme “O Terminal”, em que Tom Hanks faz o papel de um passageiro que fica preso em um aeroporto norte-americano por ter sua entrada negada aos Estados Unidos e por seu país estar passando por uma revolução, assim não tendo para onde retornar, ele passa a viver sua vida no terminal do aeroporto. Um exemplo prático ocorrido em 2005 no Aeroporto Internacional de São Paulo ilustra como a realidade se aproxima da ficção, ou vice-versa.

Um passageiro, vindo do vôo da Lan Chile, com passagem de Santiago do Chile para São Paulo, ao desembarcar no Aeroporto Internacional de São Paulo apresenta passaporte coreano. Ao ser inquirido sobre sua permanência no Brasil, onde ficaria, por que vinha do Chile e se falava inglês para se comunicar, não conseguiu responder. O passageiro não falava outra língua que não a sua língua pátria.

A companhia aérea quando indagada só soube dizer que o passageiro embarcara no Chile. Nisto desembarca o vôo da Korean Air Lines, proveniente da Coréia do Sul. A princípio, pareceria que uma solução estava próxima, pois poderia ser estabelecida a comunicação por intermédio de um tradutor. A uma guia de viagem que desembarcara lhe foi pedida que traduzisse as perguntas formuladas em inglês para o coreano. Entretanto, a comunicação não se fez, pois o estrangeiro não era coreano, ou seja, era oriental, vindo do Chile, com passaporte falso, de origem desconhecida.

Neste caso, mesmo frente ao ilícito de uso de documento falso, o procedimento é a inadmissão em território nacional e retorno ao país de origem ou de procedência. O caso foi levado a conhecimento da autoridade policial e o estrangeiro ficou detido em área interna do aeroporto.

O estrangeiro inadmitido deve necessariamente retornar ao país de procedência, que neste caso era o Chile, ou ao país de origem, neste caso desconhecido. A saída mais fácil seria retorná-lo para o Chile, entretanto isto não era possível, pois o documento usado era falso, não sendo este nacional daquele país, também o Chile o inadmitiria. Não se sabia o país de origem dele e este se negava a falar. O delegado de polícia tentou mostrar diversos países no globo,

---

<sup>6</sup> Dado empírico.

mas esse disse não pertencer a nenhum deles. A equipe policial da delegacia ligou para uma série de embaixadas e colocava o funcionário da embaixada para falar diretamente com o estrangeiro impedido em sua língua pátria para ver se estabelecia a comunicação, o que foi infrutífero.

Passaram-se dias, no terceiro dia de sua detenção, o delegado, por alguma razão chegou a um país e disse que lhe enviaria para lá, pois foi o país que ele mais esboçou um entendimento com a pessoa do outro lado da linha de telefone. O estrangeiro começou a chorar dizendo que não ia para lá, o inglês arrastado surgiu, fez gestos que iriam matá-lo. Logo, para o seu país de origem também não poderia regressar.

O fato é que este estrangeiro ficou detido no Aeroporto Internacional de Guarulhos por vários dias até que o enviaram a seu país de origem e o seu destino La é desconhecido.

Frente ao exposto é praxe comum em todas as fronteiras esse julgamento de mérito em admitir ou inadmitir um estrangeiro, constituindo inquestionável ato de soberania, como visto. Entretanto, onde este estrangeiro permanecerá, o que deve comer, condições de higiene e saúde não são levadas em consideração em qualquer fronteira. Relevante ainda se faz o fato da incomunicabilidade, pois se este não possuir um celular habilitado para funcionar no exterior sua comunicação não é garantida. Logo, mesmo o impedimento sendo um ato usual, pode-se observar a fragilidade do estrangeiro, na qualidade de ser humano, quando em território alienígena em zona de fronteira.

## **7. TRANSFERÊNCIA DE ESTRANGEIRO PRESO NO BRASIL**

Outro problema que atinge o estrangeiro é quando se dá o seu encarceramento. No caso de tráfico de drogas internacional, quando este desempenha o papel de “mula” (aquele que transporta a droga para o traficante) este será preso em flagrante delito em qualquer fronteira brasileira. Neste caso, a prisão do estrangeiro é efetuada, as comunicações ao Ministério Público, justiça e defensoria são realizadas, assim como é facultado ao estrangeiro comunicar-se com quem queira sobre a sua prisão. Este geralmente chama a alguém no exterior, um familiar, que pouco ou nada pode fazer. Assim, é preso, tipificado e conduzido à prisão, seu defensor, na maioria dos casos, será a Defensoria Pública da União, neste exemplo específico.

A prisão em tela é totalmente legal, resultará seguramente em encarceramento, mas o que se questiona é que o estrangeiro, valendo o mesmo raciocínio para o brasileiro preso no exterior, não está inserido socialmente àquela comunidade do país em que é efetuada sua

prisão. Assim, além da falta de conhecimentos sobre legislação, costumes, funcionamento da justiça, torna-se ainda mais fragilizado, pois o indivíduo em tela se quer fala a língua do país em que está preso.

Estima-se que havia 1.372 brasileiros presos no estrangeiro em 2000 (SOUZA: 2007). Desta maneira é do interesse do Brasil tutelar estes nacionais. Deste modo, foram assinados diversos tratados que visam regular esta transferência de presos<sup>7</sup>, que de modo algum é um procedimento simples. Nota-se aqui que a própria execução penal toma âmbitos internacionais.

A transferência de presos internacionalmente, além de beneficiar o próprio preso, garante uma economia ao Estado que, ao final da pena, compulsoriamente, expulsará o ex-detento do país.

Interessante notar que se a expulsão do preso estrangeiro é praticamente uma certeza, a pena para aquele indivíduo cumprida no exterior tem caráter apenas reparatório, pois o ex-detento não irá se reinserir àquela sociedade, mas sim à sua de origem.

Ressalta-se que os tratados de transferência de presos tutelam apenas seus nacionais, mas não o estrangeiro residente permanente em determinado país. Desta forma, se um chinês com visto de permanência brasileiro, residente no país há anos, inclusive com prole, se preso na Argentina, não poderá ser extraditado para o Brasil, onde está sua família. Note-se o hiato e a falta de direitos que o estrangeiro que opta por residir em um país diferente do seu e se enraizar em outra cultura sofre.

O único tratado assinado no Brasil que aceita a transferência de presos não-nacionais é o firmado com Portugal que aceita apátridas e estrangeiros com residência habitual no país<sup>8</sup>.

A transferência de presos é um ato administrativo determinado pelo Ministério da Justiça em Brasília-DF, sendo o pedido de transferência de iniciativa do próprio preso ou de seu familiar.

A transferência de presos exige manifestação de vontade do custodiado. Por outro lado, a negativa de transferência de preso estrangeiro, não precisa se quer ser fundamentada.

A pena do estrangeiro ainda é mais agravada, pois além de ao final da pena estar a sua espera um decreto de expulsão, este não está apto aos benefícios durante a execução penal, como a progressão de regime, suspensão da pena ou livramento condicional, uma vez

---

<sup>7</sup> Em 2004, encontravam-se em vigor no Brasil sete tratados de transferência de presos assinados com Argentina, Canadá, Chile, Espanha, Paraguai, Reino Unido e Portugal. Há também a Convenção Interamericana sobre o cumprimento de sentenças que trata exclusivamente sobre transferência de presos, assinada pelo Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Equador, Estados Unidos, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai e Venezuela.

<sup>8</sup> Art. 2º Decreto Federal n. 5767 de 02-05-2006

que pela literalidade da lei o estrangeiro em trânsito não atenderia aos pressupostos legais destes instrumentos. Deste modo, o estrangeiro cumprirá a pena de privação de liberdade com muito mais rigor que um nacional.

Os Tribunais tem reconhecido o direito à progressão de regime dos estrangeiros em trânsito no Brasil, amparados na Convenção Americana dos Direitos do Homem, art 1º, parágrafos 1º e 2º, integrada ao ordenamento jurídico pátrio através do Decreto n. 678/92 e pela inconstitucionalidade de negativa de tal progressão de regime, por ferir os princípios de individualização da pena e ferir os artigo 5º, II, XLVI, XLVII e LXIX da Constituição Federal Brasileira<sup>9</sup>.

O julgamento do caso concreto sobre a progressão de pena ao estrangeiro em trânsito preso caberá ao juiz de execução que verificará se o estrangeiro preenche os requisitos legais para progressão de regime. Note-se que para isto acontecer o estrangeiro terá que constituir algum vínculo com o país, pois daqui não poderá se ausentar, o que é um contrassenso. Neste sentido os tribunais superiores negam a possibilidade de progressão de regime para o estrangeiro com decreto de expulsão, ou que aqui permanecerão em caráter irregular<sup>10</sup>.

Se fossemos dizer que em âmbito internacional vale a reciprocidade, o mesmo rigor no tratamento será imposto a preso brasileiro no exterior, entretanto a questão que detém a atenção é para os direitos humanos universais, transindividuais, globais. Tais atos demonstram como o estrangeiro, em qualquer parte do mundo deve ser mais bem tutelado.

## **8. CONCLUSÃO**

O exemplo trazido no caso *Korematsu vs United States*, o atentado às Torres Gêmeas no maléfico 11 de setembro e o início de uma guerra ao terror, e a busca por um inimigo oculto têm trazido grandes desafios aos Direitos Humanos em plano internacional.

Neste cenário a tutela dos direitos humanos, em particular dos estrangeiros, é merecedora de atenção, pois em um cenário de terror, em que o crime é sua simples cogitação, o estrangeiro suspeito pode ser detido por horas a fio em zonas fronteiriças, sem comunicação e em condições físicas não supervisionadas.

No tocante à prisão, o estrangeiro fica privado dos benefícios previstos na lei de execução penal, isto já tendo como certa a sua expulsão ao final da pena. A expulsão, por sua vez, trata de medida compulsória de retirada de estrangeiro do país, este usualmente deixa

---

<sup>9</sup> Apelação Criminal n. 97.03.071969-4 – São Paulo

<sup>10</sup> STJ: HC 134.330, Proc. 2009/0073673-2, RJ, HC 18747/SP, RHC n. 68.135, TRF 1a Região: HC 2004.01.00.047641-0 e AGE PEN 990080046489 SP são alguns exemplos de negativa de progressão de regime no âmbito da execução penal para estrangeiro sem vínculo de permanência no Brasil.

para traz seus bens, amigos e quaisquer objetos pessoais. A expulsão também é um ato soberano, entretanto cabe a tutela deste patrimônio e dos vínculos pessoais deixados.

Neste cenário, o terrorismo é maléfico ao Estado de Direito, onde estrangeiros de nacionalidades ou etnias diferentes podem ser visto em postos de fronteira com maior desconfiança. Apesar de a população poder endossar a troca de direitos por segurança (PIOVESAN, 2000), esta não é concreta, a falta de direitos e liberdades efetivamente o é.

Pode-se afirmar que o interesse em estabelecer um tratamento digno aos estrangeiros independentemente de sua condição em âmbito internacional, é inerente aos direitos humanos e sua universalidade, visando atender à segurança também do nacional de determinado país no exterior, para que tenha garantidas suas prerrogativas como pessoa quando fora temporariamente de seu território.

Neste discurso, é importante lembrar que todos nós, por mais valor que tenhamos em nossos países de origem, mesmo que por um breve espaço de tempo, somos estrangeiros em um mundo cada vez mais globalizado; deste modo, em qualquer ponto do globo terrestre, não podemos perder nossa condição de pessoa.

## **9. BIBLIOGRAFIA**

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NOGUEIRA, Alberto. **A Reconstrução dos direitos humanos da tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NOGUEIRA, Alberto. (A) **Direito Constitucional das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOGUEIRA, Alberto. (B) **Jurisdição das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOGUEIRA, Alberto. **Sistemas judiciais das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. **A interpretação dos direitos fundamentais e a Constituição de 1988**. In QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coords). **Direito Constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 271-300.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas**. In QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coords). **Direito Constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 339-358.

RAMOS, André de Carvalho. **A expansão do Direito Internacional e a Constituição Brasileira: novos desafios**. In SAMPAIO, Adércio Leite (coord). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 291-314.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Perspectivas de uma constituição mundial**. In SAMPAIO, Adércio Leite (coord). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.315-320.

ROBERT, Jacques e DUFFAIR, Jean. *Droits de l’homme et libertés fondamentales*. 5ª ed. Paris: Montchrestien, 1994 *in* NOGUEIRA, Alberto. (A) **Direito Constitucional das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

[www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br)

[www.dpf.gov.br](http://www.dpf.gov.br)